

POSJEDOVNA VOLJA

Mr. sc. Petar Radošević, dipl. iur.
Zagreb

UDK: 347.235
Ur.: 7. ožujka 2008.
Pr.: 25. rujna 2008.
Stručni članak

U radu autor analizira voljnu sastavnicu posjeda (posjedovnu volju), s posebnim naglaskom na problem postojanja posjedovne volje kod objektivne koncepcije posjeda (tzv. njemačke moderne koncepcije). Nakon analize većeg broja pozitivnih i povijesnih pravnih poredaka dolazi se do zaključka da i objektivno koncipirani posjed zahtijeva postojanje posjedovne volje kod posjednika, samo što se to izričito ne naglašava, već je ta volja implicirana u pojmu faktične vlasti. Nakon uvida u kvalitete koje se od te volje zahtijevaju, autor izvodi zaključak da je ona po svojoj prirodi animus possidendi, tj. volja jednostavno posjedovati. Za razliku od posjedovne volje čije postojanje (većinom) zahtijeva subjektivna koncepcija posjeda, koja mora biti volja posjedovati kao vlasnik (animus domini). Nakon provedenog istraživanja autor je zaključio da se po pitanju voljnog elementa posjeda kao jedina konstantna razlika između subjektivne i objektivne koncepcije ukazuje jedna nomotehnička razlika: zahtijeva li se (u zakonskim tekstovima i pravnoj znanosti) izrijeком postojanje nekog voljnog elementa (subjektivna koncepcija) ili se njegovo postojanje ne zahtijeva izrijeком (objektivna koncepcija).

Ključne riječi: *posjed, posjedovna volja, kvalitete posjedovne volje, pomoćnik u posjedovanju.*

1. Uvod

Kako je iz stručne literature dobro poznato, jedan od konstituirajućih elemenata privatne faktične vlasti, koja se naziva posjed je i određena posjedovna volja. Ovo je svakako nedvojbeno i općeprihvaćeno kod posjeda koncipiranog subjektivno, ali bi moglo izazvati određene nesuglasice kada je riječ o objektivno koncipiranom posjedu, kakav je prihvaćen i u hrvatskom pravu¹. Naime, poznato

¹ Svjesni smo prigovora da se u našoj pravnoj doktrini govori o koncepciji posjeda, a zapravo je riječ o konstrukciji posjeda (Gavella, Nikola: O posjedu s obzirom na uređenje koje je uspostavio

je (pretjerano pojednostavljeno) gledište jednog dijela znanosti da za postojanje objektivno koncipiranog posjeda dostaje već i sama činjenica držanja stvari u faktičnoj vlasti posjednika, (tzv. *corpus* posjeda), dok se postojanje volje posjednika da posjeduje upravo tu stvar (ili pravo), tzv. *animus* posjeda, redovito minimizira ili čak i potpuno zanemaruje. Zaintrigirani tom odsutnošću spominjanja voljnog elementa, odlučili smo pobliže proučiti ulogu volje pri konstituiranju objektivno koncipiranog posjeda, najviše iz razloga što smatramo notornim da je svako svjesno ljudsko ponašanje upravljano određenom voljom, te da se, sukladno tomu, i za posjedovanje mora zahtijevati nekakva volja posjednika. Tu volju nazvali smo posjedovna volja.

Općenito se može reći da je posjedovna volja onakva volja koja se za egzistenciju posjeda traži u određenom pravnom poretku, odnosno takva volja zahvaljujući kojoj neki subjekt stječe i zadržava takvu privatnu vlast koja se (pravno) kvalificira kao posjed. Njezin sadržaj i pretpostavke koje se zahtijevaju za njezino postojanje bit će predmet obrade u ovom radu.

2. Posjedovna svijest

Posjedovna svijest je vrlo značajan dio sadržaja posjedovne volje, no mora se odmah na početku naglasiti, ona nije nekakav samostalan element posjedovnog odnosa, već je bitan i nerazlučivi dio sadržaja posjedovne volje. U ovom se radu posjedovna svijest analizira u izdvojenom dijelu. To se čini samo radi postizanja veće preglednosti i razumljivosti te ne bi bilo dobro pomisliti da je posjedovna svijest neki samosvojni dio sadržaja posjedovnog odnosa, koji bi bio koordiniran s posjedovnom voljom i *corpusom*, kao njegov treći element.

Posjedovna svijest je nerazlučiva sastavnica posjedovne volje², ali je ipak logički *prius* u odnosu na postojanje posjedovne volje u užem smislu. To jest, može se reći da je posjedovna svijest početni stadij u prirodnom razvoju posjedovne volje, koja kada postoji, čini mogućim stvaranje i posjedovne volje u užem smislu te time nastanak jedne bitne sastavnice posjedovnog odnosa – posjedovne volje.

Posjedovna volja uvijek u sebi uključuje postojanje posjedovne svijesti (svijesti o postojanju posjedovnog odnosa u tom trenutku) ili barem razumno očekivanje da će posjedovni odnos vjerojatno nastati u budućnosti (svijest o budućem posjedovnom odnosu)³.

Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Naša zakonitost, XXXV/1981, br. 4., str. 51. bilj. 2. – dalje u tekstu : Gavella, O posjedu). Ipak, budući da je u hrvatskoj pravnoj znanosti opće prihvaćen termin koncepcija posjeda, koristit će se i u ovom radu.

² Tako i Randa, Anton: Der Besitz nach österreichischem Rechte, IV. izd., Lepizig, 1895., str. 455.

³ *Ibid.* Naravno, unatoč postojanju svijesti o budućem posjedovnom odnosu, on nastaje tek kada se stvarno ispune i sve ostale pretpostavke potrebne za njegov nastanak. Ova je svijest o budućem posjedovnom odnosu pandan posjedovne svijesti kod onoga što se u njemačkoj literaturi naziva općenita volja (*Allgemeiner Wille*). Općenita volja je volja steći posjed na stvarima koje

Ako posjedovna svijest ne postoji, to čini nemogućim i nastanak posjedovne volje u užem smislu, što znači da subjekt kod kojeg nema posjedovne svijesti nikada i ne može biti posjednik. Ovoga su bili i te kako svjesni rimski pravници, koji su navedeni princip izražavali maksimom *ignoranti non acquiritur possessio*⁴.

Odnos faktične vlasti subjekta glede određenog objekta kod kojeg nedostaje posjedovna svijest, obično se u literaturi naziva mehaničko držanje⁵ ili mehanički odnos⁶. Mehanički odnos nije pravni odnos, to je (čisto) faktički odnos za kojeg pravo ne vezuje nikakve posljedice, niti pozitivne, niti negativne po njegovog subjekta. Kako je, dakle, riječ o pravno potpuno irelevantnom odnosu, on ne može biti predmet analize u ovom radu, u kojem se proučava posjedovni odnos, (dakle odnos koji je pravno relevantan).

3. O posjedovnoj volji

Iako je svijest (znanje) bitna pretpostavka za postojanje posjedovne volje te ona ne može postojati bez da je subjekt svjestan svog odnosa prema stvari, njezin je sadržaj puno širi od toga.

Nema posjeda bez volje subjekta da posjeduje. Ovo je načelo toliko jasno i samorazumljivo da mu ne treba posebnog objašnjenja. Priroda čovjeka kao razumnog bića i poštovanje njegove osobnosti nužno uvjetuju da se nikoga ne može proglasiti posjednikom bez njegove volje da ima na stvari vlast koju

dospiju u područje vlasti posjednika, a koje nisu individualno poznate posjedniku, a očituje se osobito u postavljanju posebnih uređaja za primitak stvari, (npr. poštanskih sandučića) v. opširnije Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, sv. VI/Sachenrecht, München, 2004. (dalje u tekstu skraćeno cit.: Münchener Kommentar), str. 21. Tako osoba čiji je poštanski sandučić, stječe posjed na ubačenim pismima, iako ne mora biti svjesna da se neko pismo uopće nalazi u sandučiću. Dovoljno je da je subjekt svjestan da u sandučiću može biti pisama i da ih ima volju posjedovati.

⁴ *Ibid.* Osobito skrećemo pozornost na okolnost da je u rimskom pravu ovo načelo bilo provedeno do krajnjih konsekvencija i da robovi, osobe *alieni iuris* te zastupnici nisu mogli stjecati posjed za svojeg vlasnika, *pater familias* ili zastupanoga bez njegovog znanja (v. opširnije u Romac, Ante: Rimsko pravo, II. izd., Zagreb, 1987., str. 141./dalje u tekstu skraćeno cit.: Romac, Rimsko pravo; Horvat, Marijan: Rimsko pravo, sv. I., Zagreb, 1952., str. 158.). U modernom pravu dopušteno je odstupanje od tog načela u slučajevima stjecanja posjeda posredstvom zastupnika. Tako kada zastupnik (bez obzira je li riječ o zakonskom ili dobrovoljnom zastupniku) stječe posjed za zastupanoga, on to čini čak i kada zastupani nije niti svjestan da je postao posjednik.

⁵ Rajačić, Čedo: Stvarno pravo, predavanja, Zagreb, 1956., str. 34., gdje se navodi da je mehaničko držanje "pravno irelevantno, bez ikakvih pravnih učinaka, nego je čisto fizikalni odnos".

⁶ Vedriš, Martin; Klarić, Petar: Građansko pravo, IX. izd., Zagreb, 2006., str. 194. "Kod mehaničkog odnosa čovjek se faktično nalazi u odnosu prema stvari, ali on tog odnosa uopće nije svjestan. On za nj naprosto ne zna. ... Budući da u takvim slučajevima uopće nije aktivirana čovjekova volja, takvi odnosi nemaju za građansko pravo nikakvog značenja. Oni su za građansko pravo potpuno bez interesa."

pravni poredak kvalificira kao posjed⁷. Pri tomu nije bitno razumije li subjekt u potpunosti točno značenje (pravnog) izraza posjed niti shvaća li kakve se pretpostavke u tom pravnom poretku zahtijevaju za postojanje posjedovne volje. Bitno je samo da subjekt uistinu želi držati neku stvar u svojoj faktičnoj vlasti i to takvoj vlasti koju pravni poredak priznaje za posjed. Iako nužnost postojanja volje za postojanje posjeda izgleda toliko jasna i samorazumljiva (posebice imajući u vidu poštovanje ljudskog dostojanstva, koje zahtijeva da svako ljudsko biće, koje je za to sposobno, samo odlučuje o svojim pravima i obvezama), ipak se čini da je ovaj trenutak kod velikog broja autora, koji se bave objektivno koncipiranim posjedom, nedovoljno istaknut. Stoga je jedan od ciljeva ovog rada razjasniti ulogu voljnog elementa pri postojanju objektivno koncipiranog posjeda.

Velika važnost volje za postojanje posjeda zamijećena je još davno, te je, kao njegov konstitutivni element, volja izdvajana uz bok s faktičnom vlasti na stvari. Tako je bilo i u rimskom pravu, preteći modernih pravnih poredaka Europe, koje je razlikovalo dva konstitutivna elementa posjeda: faktičnu vlast (*corpus*) i volju (*animus*)⁸. Zbog velikog ugleda rimskog prava ova je konstrukcija posjedovnog odnosa stoljećima primjenjivana kao jedina ispravna i moguća te je pod njenim utjecajem u 19. stoljeću stvorena (moderna) subjektivna koncepcija posjeda.

Točne kvalitete volje čije je postojanje zahtijevalo rimsko pravo nisu nam danas poznate. Iako moderna subjektivna koncepcija posjeda zahtijeva da posjednik želi posjedovati stvar kao da joj je vlasnik, (tzv. *animus domini*), vrlo je upitno je li volja takve kvalitete bila zahtijevana i u rimskom pravu. Dapače, čini se da to nije bio slučaj. Naime, iz sačuvanih fragmenata rimskih pravnika vidi se da se nije koristio izraz *animus domini*⁹, već su se rabili izrazi *animus rem sibi habendi* (u prijevodu “volja imati stvar za sebe”, ali kako se čini, ne nužno kao vlasnik; moguće je da je *animus rem sibi habendi* mogao imati i onaj tko nije pretendirao da je vlasnik stvari) te *animus possidendi* (volja jednostavno posjedovati). Izraz *animus domini* potječe tek iz postklasičnog perioda rimskog prava, a pogotovo ga se često može naći u Justinijanovom pravu. Čini se da je pravo stoljećima nakon rimskog razdoblja podjednako koristilo sve navedene izraze te da su u skladu s tim razni pravni poretki (ovisno kojem izrazu bi se priklonili), tražili različite kvalitete volje posjednika da bi neku vlast okvalificirali

⁷ Iznimka je nasljednički posjed koji se stječe *ipso iure*, isto kao i nasljedno pravo. Ali, nasljednik se može odreći nasljednog prava, a time i nasljedničkog posjeda. O nasljedničkom posjedu v. opširnije u Vežić, Vid : Nasljednički posjed, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 4, Zagreb, 1997.; Vizner, Boris: Posjed nasljednika po našem novom Zakonu o osnovnim vlasničkopравnim odnosima, Pravni život, 5/1980.

⁸ Pauli, Sent. 5,2,1 “*Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno.*” “Posjed stječemo i voljom i fizički, s tim što volja mora biti naša, a fizička prisutnost naša ili nekoga drugoga.” (cit. i prijevod: Romac, Ante: Izvori rimskog prava, Zagreb, 1973./u tekstu dalje skraćeno cit.: Romac, Izvori/, str. 209.).

⁹ Postoje i mišljenja da bi izraze na grčkom, na koje se pozivao Savigny, tvorac moderne subjektivne koncepcije posjeda, ispravnije bilo prevoditi s *animus dominantis* (Eccius, M. F.: Preußisches Privatrecht, VI. izd., I. sv., Berlin, 1892., str. 35.).

kao posjed. Tek početkom 19. stoljeća dolazi do prevage učenja da posjed mora u sebi implicirati volju držati stvar kao vlasnik (*animus domini*). Posebno je važno naglasiti da i oni pravni poredci koji zahtijevaju posjedovnu volju drugačije kvalitete (volju samo posjedovati: *animus possidendi*, *animus rem sibi habendi*)¹⁰ spadaju (s gledišta prava posjeda) u istu grupu s onim poredcima koji zahtijevaju *animus domini*, tj. u pravne poretke koji posjed koncipiraju subjektivno¹¹. Krajem 19. stoljeća u njemačkoj se doktrini formira nova, navodno potpuno drugačija koncepcija posjeda: objektivna koncepcija. U literaturi koja se bavi objektivnom koncepcijom većinom se jasno ističe da se za postojanje posjeda traži faktična vlast na stvari, dok se uloga volje (često) minimizira¹².

Prije analize kvaliteta koje posjedovna volja mora imati, bilo bi dobro pogledati kakve zahtjeve glede postojanja posjedovne volje postavlja nekoliko pozitivnih pravnih poredaka (uključujući i hrvatsko pravo).

U francuskom građanskom zakoniku (CC), postojanje volje se ne spominje izrijeком kao konstitutivni element posjeda¹³, ali doktrina ga bespogovorno traži, uz konsenzus da je riječ o *animus domini* (*à titre de propriétaire*)¹⁴. Posjednik se mora željeti sa stvari ponašati kao da je njezin vlasnik, isključujući sve ostale subjekte iz posjeda te stvari. U *animusu* se mora vidjeti pretenzija na naziv vlasnika, potvrđivanje njegovog prava vlasništva (pa čak i ako ga u stvari nema). Kako se vidi, francusko pravo je (više pod utjecajem doktrine nego zakonskog teksta) usvojilo koncepciju posjeda koja traži *animus domini* u njegovom najčišćem obliku. I građanski zakonik kanadske provincije Quebec (CCQ), koji je inače pod utjecajem francuske pravne misli, uređuje posjed u skladu sa subjektivnom koncepcijom, i to tako da (za razliku od CC) izričito

¹⁰ Ne treba se posebno niti naglašavati da, ako je za postojanje posjeda dovoljno samo željeti posjedovati, onda posjed postoji i kada subjekt želi posjedovati kao vlasnik. Znači, tamo gdje je dovoljan *animus possidendi*, posjednik može imati i *animus domini*. Obrnuto naravno ne vrijedi.

¹¹ Da se i pravni poredci koji ne zahtijevaju *animus domini*, već samo *animus possidendi* (odnosno *animus rem sibi habendi*) ubrajaju u subjektivno koncipirane poretke, vidi se i po tomu što se i rimsko pravo svrstava u prava koja subjektivno koncipiraju posjed, kao i prusko pravo po ALR-u, koje također ne zahtijeva *animus domini*, već se zadovoljava s *animus rem sibi habendi* (I.7§3 Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten /ALR/ “*Absicht für sich selbst zu Verfügen*” – cit. prema Evelt, Joseph: Das Preußische Civilrecht, II. izd., Paderborn, 1860., str. 98.; isto i Eccius, o.c., str. 34.). I Savigny (Savigny, Friedrich Carl: Das Recht des Besitzes, VII. izd., Beč, 1865., str. 246.) priznaje da u nekim slučajevima postoji posjed, iako postoji samo *animus possidendi*.

¹² Tako npr. Šmalcelj, Želimir: Što se izmijenilo zakonom o osnovnim vlasničkopравnim odnosima?, Odvjetnik, 1981., br. 9-10, str. 24.

¹³ Relevantna odredba čl. 2228. CC glasi: “Posjed je detencija ili korištenje stvari ili prava, koju držimo ili koje vršimo sami ili pomoću nekog drugog koji drži stvar ili vrši pravo u naše ime” (“*La possession est la détention ou la jouissance d’une chose ou d’un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l’exerce en notre nom.*”).

¹⁴ Tako npr. Carbonnier, Jean: Droit civil, sv. III., Les Biens, Pariz, 1983.-1985., str. 176.; Cornu, Gerard: Droit civil, II. izd, sv. I., Pariz, 1984.-1985., str. 423.; Krneta, Slavica: Posjed, u Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, sv. II., Beograd, 1978., str. 1015.

naglašava potrebu voljnog elementa za konstituiranje posjeda. Ipak, i na ovom primjeru potvrđuje se gore iznesen zaključak kako subjektivna koncepcija nije potpuno jedinstvena u pogledu zahtjeva za kvalitetom svoje voljne sastavnice. Tako CCQ u svojem članku 921., definira posjed kao faktično izvršavanje, samostalno ili putem neke druge osobe koja drži stvar, nekog stvarnog prava kojeg smatramo nositeljima te u stavku 2. istog članka napominje da se ta volja presumira, a ako nedostaje postoji detencija¹⁵. Osobito treba istaknuti činjenicu da se ne zahtijeva volja posjedovati kao vlasnik (*animus domini*), već volja posjedovati u svojstvu ovlaštenika bilo kojeg stvarnog prava (jedna od varijanti *animus possidendi*, koja ipak zahtijeva se posjedovati u svojstvu ovlaštenika stvarnog, a ne nekog drugog prava). Tako se po pravu Quebeca plodouživatelj smatra posjednikom, iako očito nema *animus domini*, već samo *animus possidendi*.

Austrijsko pravo, izričitom odredbom austrijskog građanskog zakonika (ABGB), zahtijeva da posjed sadrži dvije komponente, pri čemu kao voljnu komponentu izrijeком navodi *animus domini*. Tako ABGB određuje da se onaj tko ima kakvu stvar u svojoj vlasti ili sahrani zove njezin držalac te dodaje da ako držalac stvari ima volju zadržati je kao svoju, tada je njezin posjednik¹⁶. Nema nikakve dvojbe da se u austrijskom pravu zahtijeva *animus domini*, dakle volja posjednika da stvar posjeduje za sebe, u njenom totalitetu¹⁷.

Zakoni koji posjed koncipiraju objektivno ne sadrže nikakve odredbe o posjedovnoj volji¹⁸. Upravo to i jest razlog da neki autori, zbog nedostatka izričitih odredaba, smatraju da objektivna koncepcija posjeda ne zahtijeva postojanje nikakve posjedovne volje. Ipak, većina doktrine smatra drugačije. Danas je opće prihvaćeno da “vlast implicira volju vladati” te da je “volja izvršavati za sebe neku vlast implicirana u posjedovanju”¹⁹. Dakle, nije sporno da i objektivna koncepcija posjeda zahtijeva (barem nekakvu) posjedovnu

¹⁵ “*La possession est l'exercice de fait, par soi-même ou par l'intermédiaire d'une autre personne qui détient le bien, d'un droit réel dont on se veut titulaire. Cette volonté est présumée. Si elle fait défaut, il y a détention.*” (Čl. 921.CCQ).

¹⁶ “*Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.*“ (§309. ABGB).

¹⁷ Randa, o.c., str. 456.; Stubenrauch, Moritz von: Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, sv. I., Beč, 1854., str. 631.

¹⁸ Odredbe kojima se određuje što je to posjed u nekima od zakona koji usvajaju objektivnu koncepciju glase : “Posjed ima onaj koji ima stvarnu vlast na stvari” (*Celui qui a la maîtrise effective de la chose en a la possession.* čl. 919. st. 1. Švicarskog građanskog zakonika /ZGB/); “Posjed stvari se stječe stjecanjem stvarne vlasti na stvari” (*Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.* Njemački građanski zakonik /BGB/ § 854); “Osoba koja ima faktičnu vlast glede neke stvari, njezin je posjednik.” (čl. 10. st. 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske /ZV/ – NN 91/96., 68/98., 137/99-USRH, 22/00.-USRH, 73/00., 114/01., 79/06., 141/06.). Kako se vidi niti u jednom od navedenih zakonskih tekstova izrijeком se ne spominje postojanje posjedovne volje.

¹⁹ Gavella, Nikola: O posjednikovoj volji, obzirom na uređenje posjedovanja zasnovano na objektivnoj koncepciji posjeda, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 4/1983 (dalje u tekstu skraćeno cit.: Gavella, O posjednikovoj volji), str. 131.; Gavella, O posjedu, str. 54.

volju²⁰. Ta se volja, koja je implicirana u pojmu objektivno koncipiranog posjeda, naziva u znanosti prirodnom voljom²¹. Prirodna volja u pravilu se određuje negativno – kao ona koja nije pravno relevantna²². Ova negativna definicija prirodne volje ne govori još ništa o njezinom sadržaju. Ipak, pozornim čitanjem literature može se saznati nešto više o kvaliteti te prirodne volje. Tako se u hrvatskom pravu kaže da prirodna volja po svojem sadržaju “ne mora, iako može biti takva da ona (tj. posjednik – prim. P.R.) tu stvar tretira kao svoju”, ali i da “može to biti i njezina volja da uzme stvar, kako bi izvršavala neku drukčiju, makar i sasvim ograničenu svoju vlast glede te stvari (npr. kao posudovnik, kao depozitar, kao zakupac stvari i sl.)”²³. Kako se iz navedenog vidi, prirodna volja nije po svojem sadržaju u stvari ništa drugo doli *animus possidendi*²⁴.

Nakon ovog (sumarnog) pregleda zahtjeva, koje za postojanje i valjanost posjedovne volje postavljaju neki suvremeni pravni poretki, može se pristupiti analizi kvalitete koje se od nje zahtijevaju ili bi se mogle zahtijevati. Kvalitete koje će se ispitivati su pravna relevantnost, društvena relevantnost, trajnost i isključivost.

4. Kvalitete posjedovne volje

a) Pravna relevantnost. Pitanje na koje će se ovdje pokušati dati odgovor jest: je li nužno da volja koja se zahtijeva za posjedovanje bude pravno relevantna, odnosno drugim riječima, mora li ispunjavati sve pretpostavke koje

²⁰ Tako i Flegar, Vladimir: Posjed i njegova zaštita, Zakonitost, 9-10/1990., str. 1135.; Žuvela, Mladen: Vlasničkopravni odnosi, Zagreb, 1996., str. 309.; Münchener Kommentar, str. 21.; Gavella, Nikola: Stjecanje posjeda stvari u našem pravnom sistemu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/1983., str. 337.; Stojanović, Dragoljub: Novi koncept državnine, Glasnik Pravnog fakulteta u Kragujevcu, šk. god. 1979./80., Kragujevac, 1981., str. 87.

²¹ Münchener Kommentar, str. 21. (“*Natürlicher Wille*”); Gavella, Nikola; Josipović, Tatjana; Gliha, Igor; Belaj, Vlado; Stipković, Zlatan: Stvarno pravo, Zagreb, 1998. (dalje u tekstu skraćeno cit.: Gavella et al.), str. 114., 130. i sl.

²² *Ibid.*

²³ Gavella et al., o.c., str. 130. Istu misao Gavella izražava i na drugom mjestu (Gavella, O posjednikovoj volji, str. 131.), gdje stoji: “Dovoljna je i njegova volja da za sebe izvršava neku parcijalnu vlast u pogledu stvari (da ju posjeduje kao posudovnik, najmoprimac, plodouživalac itd.)”.

²⁴ Navedeno sigurno vrijedi za hrvatsko pravo, ali vjerujemo da bi bilo vrlo teško (ako ne i nemoguće) pronaći bilo koji pravni poredak koji usvaja objektivnu koncepciju posjeda, a kod kojeg bi se tražila posjedovna volja drugačijeg sadržaja. Ovo stoga što zakoni koji usvajaju objektivnu koncepciju posjeda (gotovo kao pravilo) ne govore ništa o kvaliteti i sadržaju prirodne volje (pa je tako čak i naziv “prirodna volja” kreacija znanosti, budući da se u zakonima nigdje niti ne spominje potreba postojanja posjedovne volje). Ali, ako za postojanje posjeda mora postojati (barem nekakva) posjedovna volja te ako nije posebno propisano kakve kvalitete ona mora biti (kao što je to uvijek izrijeком propisano kada se traži *animus domini*), onda se jedino može zaključiti da posjedovna volja mora po svom sadržaju biti – volja jednostavno posjedovati (*animus possidendi*).

pravni poredak zahtijeva da ispunjava volja kojom se poduzimaju pravni poslovi.

U rimskom pravu nije (kako se čini) postojala suglasnost oko pitanja mogu li osobe koje nemaju pravno relevantnu volju samostalno stjecati posjed ili to mogu činiti putem tutora (znači, zakonskog zastupnika)²⁵. Ipak, čini se da je već i u rimsko doba vladala ideja da postojanje pravno relevantne volje nije pretpostavka za stjecanje posjeda, jer je posjed faktično, a ne pravno pitanje te se u skladu s time za valjanost posjedovne volje nisu tražile iste pretpostavke kao i za postojanje pravno relevantne volje²⁶. Izgleda da je u rimskom pravu bilo dovoljno da osoba koja stječe posjed bude svjesna značenja svojih čina, tj. da (faktično) može shvatiti značenje svoje radnje (da shvaća kako tom radnjom stječe faktičnu vlast na stvari – posjed).

ABGB određuje da posjed ne mogu samostalno stjecati djeca do sedam godina starosti i odrasli koji nemaju upotrebu razuma. Ove osobe mogu posjed stjecati jedino putem svojih zakonskih zastupnika²⁷. *Arg. a contrario*, osobe starije od sedam godina mogu samostalno stjecati posjed, tj. priznaje im se valjana posjedovna volja. Nužno je podsjetiti da je i po ABGB (§ 21. st. 2.), isto kao i po današnjem Obiteljskom zakonu RH, dob stjecanja punoljetnosti postavljena na 18 godina starosti. Kako se iz iznesenog vidi, po ABGB-u posjedovna volja ne mora biti pravno relevantna, te ju valjano mogu imati i djeca starija od sedam godina, te osobe kojima je ograničena poslovna sposobnost (npr. rasipnici)²⁸.

Njemačko pravo, iako BGB nema o tomu izričitih odredbi, također ne zahtijeva da posjednik ima pravno relevantnu volju. Stoga posjedovati mogu i subjekti koji su ograničeno poslovno sposobni, kao i oni koji su poslovno nesposobni²⁹.

Isto je gledište i hrvatskog prava, po kojem se također ne traži da prirodna (posjedovna) volja ispunjava neke posebne pretpostavke. U literaturi se navodi³⁰

²⁵ V. opširnije u Radošević, Petar: Građa posjedovnog odnosa kod objektivno koncipiranog posjeda, magistrarski rad (neobjavljeno), Zagreb, 2007., str. 43. i tamo navedena literatura.

²⁶ D. 41,2,1,3 Paulus libro quinquagensimo quarto ad edictum "Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant." "Međutim, Ofilije i Nerva sin smatraju da maloljetnik može i bez tutorova odobrenja započeti posjedovati jer je to faktično, a ne pravno pitanje. To se mišljenje može prihvatiti ako je maloljetnik u tim godinama da može shvatiti o čemu se radi." (cit. i prijevod prema Romac, Izvori, str. 211.). *Impuberes infantia maiores* (od sedme godine do punoljetnosti) mogli su samostalno steći posjed ako su bili svjesni značenja tog čina (Romac, Rimsko pravo, str. 146.).

²⁷ "Kinder unter sieben Jahren und Personen über sieben Jahre, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, können – außer in den Fällen des § 151 Abs. 3 – Besitz nur durch ihren gesetzlichen Vertreter erwerben. Im übrigen ist die Fähigkeit zum selbständigen Besitzerwerb gegeben." (§ 310. ABGB).

²⁸ Rajačić, o.c., str. 11.

²⁹ Münchener Kommentar, str. 21.

³⁰ V. npr. Gavella et al., o.c., str. 126. i sl.; Gavella, O posjednikovoj volji, str. 136. i sl.

da za postojanje posjeda dostaje, tzv. prirodna volja, o kojoj je bilo više riječi ranije.

Dakle, može se zaključiti da (barem kako se čini nakon analize izloženih pravnih sustava), niti objektivna (njemačko i hrvatsko pravo), niti subjektivna (rimsko i austrijsko pravo) koncepcija posjeda ne zahtijevaju kao nužnu pretpostavku da posjedovna volja posjeduje one kvalitete koje mora posjedovati pravno relevantna volja.

b) Društvena relevantnost. Jedna od karakteristika posjedovne volje jest i njezina društvena relevantnost. Iako, kako se vidi iz prethodnog izlaganja, posjedovna volja ne mora biti pravno relevantna, ona nužno mora biti društveno relevantna, tj. mora se priznavati i uvažavati u društvu. Ovo je nužna posljedica same prirode posjeda, koji je faktična vlast, i kao takav društvena realnost. Da bi neku vlast pravni poredak priznavao kao posjed, ta vlast mora biti (u pravilu) vidljiva i uvažavana od ostalih subjekata kao privatna vlast određenog pojedinca glede određenog objekta. Logična posljedica toga je i da posjedovna volja koju izražava posjednik svojim činima bude poštovana i priznavana kao društveno relevantna pojava.

Upravo je društvena relevantnost glavna kvaliteta koja se traži od posjedovne volje³¹, i kod subjektivne, i kod objektivne koncepcije posjeda.

Očito je da volja poslovno sposobnih subjekata (pravno relevantna volja) mora biti priznavana i uvažavana od strane ostalih subjekata u društvu (ako zbog ničeg drugog onda zato što tu volju štiti i pravni poredak i prisilnim sredstvima ako je potrebno), te je kao takva ujedno i društveno relevantna³².

S druge, pak strane, društvena relevantnost volje osobe koja nema poslovnu sposobnost ovisi o shvaćanju okoline te se mora procjenjivati od slučaja do slučaja, kao faktično pitanje³³.

c) Trajnost. Jedna od kvaliteta posjedovne volje (koja je posebno izražena kod tzv. *animus domini*) jest njezina trajnost. Trajnost predstavlja vremensku dimenziju posjedovne volje, tj. pod tim pojmom mislimo na takvu orijentaciju volje koja u njoj implicira želju da se neka stvar trajnije drži u svojoj vlasti. Ovo gledište zahtijeva pobliže objašnjenje. Iako je nedvojbeno da posjed može postojati i kroz samo kraći vremenski period te sukladno tomu i posjedovna

³¹ Tako i Gavella (Gavella et al., o.c., str. 126. bilj. 29.) navodi da je prirodna volja (koja se traži za stjecanje posjeda) "ona volja koju se u društvu općenito smatra dovoljnom za uspostavu onakve faktične vlasti glede stvari kakvu se smatra posjedom".

³² U stvari može se reći da subjekti i stječu poslovnu sposobnost tek tada kada njihova volja postane društvena realnost, koju nesumnjivo moraju respektirati svi ostali članovi društva (zbog toga što su navršili određeni broj godina, a nisu duševno zaostali, niti duševno bolesni).

³³ Tako je npr. prilično sigurno da se u svakom društvu volja osobe koja je navršila 17 godina uvažava te da takva osoba može samostalno stjecati posjed. S druge pak strane, jako malo dijete od 3 godine starosti očito nema takvu volju koja bi se uvažavala kao odgovarajuća posjedovna volja, te ne bi moglo samo stjecati posjed. Isto tako, odrasle osobe kojima je poslovna sposobnost ograničena (npr. uslijed lakše duševne zaostalosti, ili neke duševne bolesti) mogu imati posjedovnu volju koja se u društvu uvažava te sukladno tomu same stjecati posjed.

volja može biti usmjerena na posjedovanje kroz kraće vrijeme³⁴, smatramo da posjedovati (u pravilu) implicira volju kroz dulji vremenski period držati stvar u svojoj vlasti. Upravo s obzirom na dimenziju trajnosti postoji velika razlika između pojedinih vrsta posjedovne volje.

Naime, kako se čini, u *animus domini* morala bi biti implicirana volja posjedovati stvar kroz dulje vrijeme. Ovo stoga što ako takva volja ima sadržaj posjedovati kao vlasnik, onda je na mjestu upotreba određene analogije s pravom vlasništva, koje u sebi pretpostavlja stanovitu dimenziju trajnosti, veću nego kod velike većine drugih prava (podsjetimo da je pravo vlasništva nezastarivo te vlasnik ostaje vlasnik dok netko drugi ne stekne pravo vlasništva njegove stvari, ili dok se on sam tog prava ne odrekne).

Suprotno tomu, *animus rem sibi habendi* i *animus possidendi*, u sebi (nužno) ne impliciraju toliku trajnost posjedovanja. Ako netko naime želi (samo) posjedovati stvar, odnosno imati ju za sebe, on to može željeti kao ovlaštenik bilo kojeg stvarnog (ili nekog drugog, npr. obveznog) prava, koje u sebi implicira posjedovanje te stvari samo kroz određeno vrijeme. Želimo reći da kod ova dva oblika volje postoji mnogo veća vjerojatnost, nego kod *animus domini* da će posjednikova volja implicirati posjedovanje samo kroz unaprijed poznati, točno određeni vremenski period³⁵. Sve rečeno za *animus possidendi* odnosi se i na kvalitetu trajnosti prirodne volje, koja se traži u objektivnoj koncepciji posjeda.

Kako se iz iznesenog vidi, razne vrste posjedovne volje koje se traže u pravnim sustavima, koji pripadaju subjektivnoj koncepciji posjeda, međusobno se razlikuju po impliciranoj dimenziji trajnosti. S druge strane, opažaju se identičnosti između nekih pravnih sustava koji pripadaju subjektivnoj koncepciji (onih koji usvajaju *animus possidendi*), i onih koji pripadaju objektivnoj koncepciji.

d) Isključivost. Pod isključivosti (ili ekskluzivitetom, kako se još može nazvati ova osobina posjedovne volje), podrazumijevamo takvo psihološko usmjerenje posjednika da on želi potpuno sam posjedovati stvar, uz isključenje svih drugih subjekata od posjedovanja te stvari.

Kako se u literaturi navodi, ono što ovdje zovemo isključivost jedna je od bitnih karakteristika one vrste posjedovne volje koja je poznata pod nazivom *animus domini*³⁶. Posjednik koji ima *animus domini* želi sam posjedovati stvar.

³⁴ Npr. preprodavač ima nedvojbeno posjedovnu volju te mu se priznaje svojstvo posjednika, ali njegova je volja usmjerena na to da što kraće posjeduje stvari, odnosno da ih što prije preproda. Čak i kada on uspije preprodati te stvari (i prenijeti u posjed kupcu) u zanemarivo kratkom vremenu (npr. nekoliko minuta) on je svejedno kroz to vrijeme njihov posjednik.

³⁵ Npr. i najmoprimac može imati *animus possidendi* unajmljenog stana. On će u pravilu željeti posjedovati taj stan ne doživotno, već samo kroz vrijeme koliko mu traje ugovorni odnos najma.

³⁶ Gavella, Nikola: Posjed stvari i prava, Zagreb, 1990. (dalje u tekstu skraćeno cit.: Gavella, Posjed), str. 7.: "...da ima potpunu vlast u pogledu te stvari (*animus domini*)"; Carbonnier (o.c., str. 176.): "*Animus*, po najprihvaćenijem mišljenju, je *animus domini*, volja ponašati se sa stvari kao vlasnik, apsolutistički i trajno, bez da se ikome mora polagati račune niti popravljati šteta." ; Cornu (o.c., str. 423.) "Inspiriran posesivnim duhom, pokretan željom za prisvajanjem, posjednik je pretendent za naziv vlasnika.", te dalje (Cornu, o.c., str. 447.) "Posjednik ima *animus domini*... želju za prisvajanjem koja je negacija tuđeg prava."

Njegova je volja isključiva i netolerantna prema drugim subjektima i njihovim (možebitnim) vlastima na toj stvari. Kod *animusa domini*, posjednik je svojevrsni diktator koji ne dopušta nikakvu konkurenciju glede vlasti na stvari niti tu vlast želi s ikim dijeliti. Na ovom se mjestu mora napomenuti da je isključivost faktična kvaliteta volje te ne ovisi o nikakvim pravnim pretpostavkama. Osobito je važno da kvaliteta isključivosti volje ne ovisi o tzv. *opinio domini*, tj. uvjerenju posjednika da on uistinu i jest vlasnik posjedovane stvari i da ga to njegovo pravo ovlašćuje isključiti sve druge od posjedovanja svoje stvari. I onaj tko pouzdano zna da mu ne pripada nikakvo pravo na stvari (npr. kradljivac) ipak može željeti sam posjedovati stvar u njenoj ukupnosti, odnosno, može imati *animus domini*.

S druge, pak, strane, kod *animus possidendi*, gdje posjednik želi samo posjedovati neku stvar, nije na isti način implicirano da posjedovna volja mora isključivati vlasti drugih subjekata glede tog istog objekta. Posjednik želi posjedovati stvar u nekom svojstvu (kao vlasnik ili ovlaštenik nekog drugog prava, ili jednostavno posjedovati da bi tek stekao neko pravo), ali tolerira i tuđe vlasti na toj stvari. Tako je moguće da na istoj stvari više subjekata ima više posjeda.

Kako se vidi, o intenzitetu kvalitete isključivosti koja se zahtijeva od posjedovne volje u pojedinom pravnom poretku ovisi hoće li biti moguće (i dopušteno) postojanje, tzv. stupnjevito posjeda te je takvu konstrukciju posjeda moguće (makar teoretski) zamisliti jedino u sustavima koji zahtijevaju *animus possidendi*, a nikada u onima gdje se traži *animus domini*.

Iako karakteristika isključivosti ima najveću ulogu u sustavima koji pod posjedovnom voljom podrazumijevaju *animus domini*, ona niti u poretcima koji posjed koncipiraju objektivno nije bez značenja.

Naime, ovisno o intenzitetu te kvalitete volje, pravi se razlika između tzv. samostalnog i nesamostalnog posjeda³⁷ (poznatog i pod nazivima vlasnički i nevlasnički posjed)³⁸. Svi pravni poretc, neovisno o tomu koju koncepciju posjeda usvajaju, prave razliku među posjedima ovisno o vanjskoj vidljivosti intenziteta osobine isključivosti posjedovne volje te (redovno) postavljaju presumpciju da je svaki posjed isključiv (samostalan, vlasnički) dok se ne dokaže suprotno³⁹.

³⁷ “Tko stvar ili pravo posjeduje priznajući višu vlast posrednoga posjednika, nesamostalni je posjednik; tko stvar posjeduje kao da je njezin vlasnik ili posjeduje pravo kao da je nositelj toga prava – samostalni je posjednik. (čl. 11. st. 1. ZV); “Tko posjeduje stvar kao da mu pripada zove se samostalni posjednik.” (*Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer.* BGB § 872). Nesamostalni posjed se u njemačkom pravu inače naziva *Fremdbesitz*.

³⁸ U pruskom ALR razlikuje se potpuni i nepotpuni posjed (*vollständiger Besitz / unvollständiger Besitz*). Kod potpunog posjeda posjednik posjeduje stvar kao da je njegova, kod nepotpunog priznaje vlasništvo drugoga, ali ima *animus rem sibi habendi*. V. opširnije Evelt, o.c., str. 97. i sl.

³⁹ “Posjed će se smatrati samostalnim, ako se ne dokaže suprotno.” (čl. 11. st. 2. ZV). Na neki način to proizlazi i iz čl. 930 st. 1. ZGB, gdje stoji “Posjednik pokretnine se smatra njezinim vlasnikom” (*“Le possesseur d’une chose mobilière en est présumé propriétaire.”*). Naime, ako se svaki posjednik pokretnine smatra njezinim vlasnikom, a vlasnik, po logici stvari, ima *animus domini* i ne priznaje ničiju višu vlast, onda se za svakog posjednika pokretnine presumira da ne priznaje ničiju višu vlast. “Uvijek se pretpostavlja da se posjeduje za sebe i u svojstvu vlasnika, ako se ne dokaže da se

Postojanje ove presumpcije je vrlo bitno, jer je opće pravilo da samo oni koji posjeduju ne priznajući ničiju višu vlast mogu steći vlasništvo posjedovane stvari dosjelošću,⁴⁰ tj. oni koji imaju *animus domini*. To je razumljivo jer samo onaj tko posjeduje kao vlasnik pokazuje volju da uistinu i stekne vlasništvo. Onaj tko posjeduje priznajući nečiju višu vlast očito pokazuje kako mu nije stalo postati vlasnik stvari. Navedena presumpcija vrlo je bitna i za zaštitu povjerenja poštenih trećih osoba pri stjecanju vlasništva pokretnina. Kako se za pokretnine ne vode nikakvi javni upisnici, a nema niti drugog načina saznati čije su vlasništvo, pravni poredak postavlja neoborivu predmnjevu da je u odnosu prema poštenom trećem stjecatelju samostalni posjednik pokretne stvari njezin vlasnik,⁴¹ ⁴² (a svaki se posjednik smatra samostalnim dok se ne dokaže suprotno). Na taj se način štiti poštenu stjecatelj koji je u dobroj vjeri stekao pokretninu od posjednika za kojeg se pokazalo da u stvari nije i njezin vlasnik.

posjeduje za drugog.” (*“On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s’il n’est prouvé qu’on a commencé à posséder pour un autre.”* Čl. 2230 CC); “Posjednika se presumira za ovlaštenika stvarnog prava koje izvršava.” (*“Le possesseur est présumé titulaire du droit réel qu’il exerce.”* Čl. 928. CCQ – znači tko posjeduje kao vlasnik smatra se vlasnikom).

⁴⁰ “Tko samostalno posjeduje pokretnu stvar deset godina, stječe njeno vlasništvo (dosjelost)” (*“Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigentum (Ersitzung).”* BGB § 937 st. 1.); “Dosjelošću se stječe vlasništvo stvari samostalnim posjedom te stvari ako taj ima zakonom određenu kakvoću i neprekidno traje zakonom određeno vrijeme, a posjednik je sposoban da bude vlasnikom te stvari.” (Čl. 159. st. 1. ZV); “Onaj tko je u dobroj vjeri i u svojstvu vlasnika mirno i bez prekida kroz pet godina posjedovao tuđu stvar postaje njezin vlasnik dosjelošću.” (*“Celui qui de bonne foi, à titre de propriétaire, paisiblement et sans interruption, a possédé pendant cinq ans la chose d’autrui en devient propriétaire par prescription.”* Čl. 728. st. 1. ZGB); “Oni koji posjeduju za drugog nikada ne mogu steći vlasništvo dosjelošću, pa ma koliko dugo posjedovali.” (*“Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit.”* Čl. 2236 st. 1. CC).

⁴¹ Naravno, uz rezerve koje propisuje čl. 118. ZV (“Tko je u dobroj vjeri stekao samostalni posjed pokretne stvari na temelju naplatnoga pravnog posla sklopljenoga radi stjecanja prava vlasništva s posjednikom kojem ta stvar ne pripada, ili koji nije ovlašten njome tako pravno raspolagati, stekao je vlasništvo te stvari. (st. 1.); Stjecatelj iz stavka 1. ovoga članka, stekao je vlasništvo stvari u trenutku stjecanja samostalnoga posjeda, ako mu je stvar predana u neposredni posjed ili se već otprije nalazi kod njega. Ali, ako mu je stvar predana u samostalni posjed samim očitovanjem volje, on će pravo vlasništva steći tek kad mu bude predana u neposredni posjed (st. 2.); Stjecatelj je bio u dobroj vjeri ako u trenutku zaključenja posla, a ni u trenutku primanja neposrednoga posjeda, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar pripada otudivatelju (st. 3.); Odredba stavka 1. ovoga članka ne primjenjuje se ako je stvar njezinu vlasniku ili osobi kojom je on posjedovao bila ukradena, ili ju je izgubio, odnosno zametnuo; osim glede stjecanja gotova novca, vrijednosnih papira na donositelja ili na javnoj dražbi (st. 4.); Prava trećih koja terete pokretnu stvar prestaju stjecanjem vlasništva od otudivatelja kojemu stvar ne pripada; međutim, ne prestaju ona prava trećih za koja je stjecatelj znao da postoje ili je to morao znati u času kad je stjecao vlasništvo (st. 5.)”).

⁴² Tako i čl. 930. st. 1. ZGB; “Svatko može u pravnom prometu valjano postupati pouzdavajući se u to da je samostalni posjednik pokretne stvari njezin vlasnik, osim ako zna ili je morao znati da nije tako.” (čl. 11. st. 3. ZV); “Za posjednika pokretnine predmnijeva se da je njezin vlasnik.” (*“Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, dass er Eigentümer der Sache sei.”* BGB § 1006 st. 1.).

5. Pomoćnik u posjedovanju

Važnost posjedovne volje kod objektivno koncipiranog posjeda može se zorno opaziti analizom instituta pomoćnika u posjedovanju. Ovaj je institut prvi put primijenjen u njemačkom BGB-u te se pronalazi samo u poretcima koji usvajaju objektivnu koncepciju posjeda.

Vlast koju pomoćnik u posjedovanju ima glede objekta nije posjed,⁴³ (iako izvana izgleda kao da jest), i to upravo iz razloga što pomoćnik u posjedovanju nema nikakvu posjedovnu volju⁴⁴.

Pomoćnik u posjedovanju⁴⁵ (*Besitzdiener*) ona je osoba koja neposredno poduzima one čine kojima se izvršava faktična vlast na stvari, ali koja time ne izvršava nikakvu svoju, nego isključivo tuđu faktičnu vlast.⁴⁶ Kako se iz navedene definicije vidi, pomoćnik u posjedovanju, iako izvršava faktičnu vlast na stvari, (tj. drugim riječima ima *corpus*) zbog nedostatka voljnog elementa ne smatra se posjednikom, već se posjednikom smatra onaj za koga on tu vlast izvršava. Iako zakonska definicija ne naglašava izričito odsutnost posjedovne volje kod pomoćnika u posjedovanju, o tomu se može zaključiti pomnijom analizom zakonske odredbe. Ako posjed nema onaj tko ne izvršava nikakvu svoju vlast, iako ima *corpus*, očito je da razlog tomu leži u nedostatku

⁴³ Tako i praksa "Provedeni dokazni postupak potvrđuje da je tužitelj bio u neposrednom posjedu nekretnine, time da je određeno vrijeme posjed vršio i posredovanjem pomoćnika u posjedovanju (čl. 10. st. 2. ZV). Tuženik tvrdi da ga je pomoćnik u posjedovanju uveo u posjed sporne nekretnine očito želeći ukazati na nepostojanje njegovog samovlasnog smetanja posjeda tužitelja (čl. 20. st. 1. ZV). Opisani žalbeni razlog je neosnovan, jer to ne potvrđuje provedeni dokazni postupak, a osim toga pomoćnik u posjedovanju prema odredbi čl. 12 st. 1. ZV nema posjed jer isti ne izvršava nikakvu svoju vlast u odnosu na spornu nekretninu (čl. 12. st. 1.)." Županijski sud Rijeka Gž-328/02 17. 04. 2002. (izvor: baza pravnih podataka *Intellectio Iuris* na internet adresi <http://www.pravnadatoteka.hr/hrv/index.asp>; dalje skraćeno cit.: *Intellectio Iuris*).

⁴⁴ Mora se napomenuti da se u njemačkoj doktrini (Münchener Kommentar, str. 34.) naglašava da i pomoćnik u posjedovanju ima neku volju, koja se naziva "volja za pomaganje u posjedovanju" (*"Besitzdienerwille"*). Iako jest nedvojbeno točno da i pomoćnik u posjedovanju mora imati neku volju (jer je svako smisleno ljudsko djelovanje upravljano s nekom voljom), ta volja po svom sadržaju nije posjedovna volja (kakva je predmet obrade u ovom radu), već je upravo njezina negacija: pomoćnik u posjedovanju ne želi biti posjednik, on ima volju samo pomagati nekom drugom u posjedovanju.

⁴⁵ Ovaj se naziv u hrvatskoj znanosti i u ZV koristi umjesto (očito neprimjerenog) doslovnog prijevoda riječi *Besitzdiener* – posjedovni sluga. Krneta za ovaj institut koristi naziv "pomoćnik u posjedu" (Krneta, o.c., str. 1020.). Za napomenuti je da se i u njemačkoj znanosti predlaže kao adekvatniji naziv "pomoćnik u posjedovanju" (*Besitzgehilfe*) v. Münchener Kommentar, str. 30.

⁴⁶ Gavella et al., o.c., str. 114.; "Posjed nema onaj tko ne izvršava nikakvu svoju vlast glede neke stvari." (12/1 ZV); "Ako netko izvršava faktičnu vlast na stvari za nekog drugog u njegovom domaćinstvu ili poduzeću ili u nekom sličnom odnosu, zbog kojeg mora slijediti upute tog drugog, samo je taj drugi posjednik." ("Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer". BGB § 855). I švicarska praksa poznaje institut pomoćnika u posjedovanju, iako ga ZGB nigdje ne spominje (Gavella, Posjed, str. 35. bilj. 111.). Onaj po čijim uputama postupa pomoćnik u posjedovanju u njemačkoj se doktrini naziva "*Besitzherr*".

psihološkog elementa posjeda. To je implicirano i u zakonskoj odredbi, jer vlast može biti svoja, samo ako subjekt ima volju da je takvom i smatra.

Ipak, ne treba poistovjećivati detentora u subjektivnoj koncepciji posjeda i pomoćnika u posjedovanju u objektivnoj koncepciji posjeda. Iako i kod jednog i drugog nedostaje posjedovna volja, razlika između njih je ogromna. Ona proizlazi iz drugačijih zahtjeva (moderne) subjektivne i objektivne koncepcije u pogledu posjedovne volje. Tako prva traži postojanje *animusa domini*, dok se druga zadovoljava postojanjem prirodne volje, koja, kako se čini, odgovara pojmu *animus possidendi* (volja jednostavno posjedovati). Upravo je, stoga pojam detentora mnogo širi te obuhvaća (osim osoba koje se u objektivnoj koncepciji nazivaju pomoćnicima u posjedovanju) i one osobe koje bi po shvaćanju objektivne koncepcije bile posjednici (koje žele posjedovati stvar, ali ne kao vlasnici; npr. založni vjerovnik, plodouživatelj, zakupnik, najmoprimac)⁴⁷. Pomoćnik u posjedovanju, naprotiv, nema uopće nikakvu posjedovnu volju. On se u izvršavanju faktične vlasti na stvari slijepo pokorava tuđim nalogima (posjednikovoj volji).

Odnos⁴⁸ između posjednika i pomoćnika u posjedovanju mora biti odnos podređenosti (pa čak i pokornosti), u kojem ne samo da pomoćnik u posjedovanju postupa po tuđim općenitim nalogima i uputama, već takav da svaka (pa i najmanja) promjena naloga dovodi do trenutačne promjene u njegovom ponašanju⁴⁹, na takav način da se pomoćnika u posjedovanju može smatrati samo oruđem posjednika. Je li neki odnos pomoćnika u posjedovanju, ne može se utvrditi unaprijed, već se mora od slučaja do slučaja procjenjivati ima li taj odnos potrebne osobine. Tako ZV, primjerice⁵⁰ nabraja radni odnos i odnos u nečijem kućanstvu⁵¹, što ne treba protumačiti na način da su sve osobe koje se nalaze u tim odnosima

⁴⁷ Isto i Krneta, Slavica: Detencija, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu XLI (1998), Sarajevo, 1999., str. 206.

⁴⁸ To je pravni odnos i to odnos ovisnosti (Münchener Kommentar, str. 30.).

⁴⁹ Gavella et al., o.c., str. 115.

⁵⁰ "Pogrešna je prosudba suda prvog stupnja da odnos stranaka treba razmotriti kroz odnos posrednog i neposrednog posjednika, u kojem slučaju bi dolazile u primjenu odredbe čl. 23. ZV-a. Naime, iz rezultata provedenih dokaza slijedi da su tuženici trebali izvršiti prijevoz drvene građe isključivo postupajući po uputi tužitelja, dakle sadržaj odnosa stranaka je takav da tuženici vrše faktičnu vlast na stvari za drugu osobu i postupaju po uputama te druge osobe. U takvoj situaciji tuženici nemaju posjed, već su oni pomoćnici u posjedovanju u smislu odredbe čl. 12. ZV-a. Pritom nije od odlučnog značaja utvrđenje suda prvog stupnja da tuženici nisu u radnom odnosu kod tužitelja, već, kako je istaknuto, za utvrđenje da li se radi o odnosu posrednog ili neposrednog posjednika ili pak dolaze u primjenu odredbe o pomoćniku u posjedovanju, odlučan je isključivo sadržaj međusobnog odnosa osobe koja vrši faktičnu vlast nad stvari te osobe prema čijim uputama se faktična vlast vrši. Stoga u situaciji kada su tuženici kao pomoćnici u posjedovanju postupili protivno uputama tužitelja i uspostavili svoju vlast na stvari, oni su prema tužitelju počinili smetanje posjeda, zbog čega tužitelj s pravom traži posjedovnu zaštitu koja mu pripada sukladno odredbi čl. 22. ZV-a." (čl. 12.). Županijski sud Rijeka GŽ-1362/98 03. 02. 1999. (izvor: *Intellectio Iuris*).

⁵¹ "Dok osoba koja je u radnom ili sličnom odnosu ili u nečijem kućanstvu postupa pokoravajući se tuđim nalogima glede neke stvari ili prava, pa izvršava isključivo tuđu faktičnu vlast, ona nema posjed toga, nego je samo posjednikov pomoćnik u posjedovanju (12/2 ZV)". Ipak, pravilno sudska praksa zaključuje: "Supruga kao bračni drug se ne može smatrati pomoćnikom u posjedovanju

automatski i pomoćnici u posjedovanju. Namjera je zakona bila samo spomenuti neke od situacija u kojima (po životnom iskustvu) postoji velika vjerojatnost da će odnos dviju osoba odgovarati kvalitetama odnosa pomoćnika u posjedovanju. No, ponavljamo, da svaki konkretni odnos treba individualno procjenjivati i utvrditi njegovu pravu prirodu (tako i osobe u radnom odnosu mogu imati posjed u pogledu povjerenih im predmeta, isto kao i osobe u kućanstvu).

Ako pomoćnik u posjedovanju prestane izvršavati tuđu vlast (odbije dotadašnju slijepu poslušnost) i počne izvršavati svoju vlast, time postaje (neposredni) posjednik, što sa stajališta dotadašnjeg posjednika predstavlja gubitak (neposrednog) posjeda, te on može poduzeti sve mjere koje mu pravni poredak stavlja na raspolaganje u slučaju oduzimanja posjeda (samopomoć, posjedovna zaštita). Inače, kako pri posjedovanju pomoćnik u posjedovanju nastupa kao produžena ruka posjednika, tako mu se priznaje i pravo na zaštitu posjeda dopuštenom samopomoći, ali opet samo kao pomoćniku posjednika⁵². Pomoćnik u posjedovanju ipak nema pravo, što je i logično, na posjedovnu zaštitu posjedovnim tužbama: to pravo pripada samo posjedniku.

6. Zaključna razmatranja o posjedovnoj volji

Kako se iz provedene analize posjedovne volje ukazuje, da bi se pravno uređenje posjeda u nekom pravnom poretku okvalificiralo kao subjektivno koncipirano, nije bitno kakva se kvaliteta posjedovne volje zahtijeva, već je važno samo to, da se za postojanje posjeda izričito naglašava nužnost postojanja voljnog elementa (tako se i poretki koji zahtijevaju postojanje volje samo posjedovati – *animus possidendi* – ipak svrstavaju u subjektivno koncipirane poretke).

Bit je subjektivne koncepcije posjeda zahtijevati izrijeком dva elementa za postojanje posjeda: *corpus* i *animus* te da oba elementa izrijeком izjednačava po važnosti.

Objektivna je koncepcija posjeda ona koja izrijeком ne naglašava potrebu za postojanjem voljnog elementa (iako u sebi mora implicirati nužnost postojanja i tog elementa).

Navedena formalno-dogmatska razlika jedina je razlika koja se može identificirati između subjektivne i objektivne koncepcije posjeda. Ovo stoga što se, i u jednu, i u drugu svrstava toliko različitih pravnih poredaka, koji od posjedovne volje zahtijevaju postojanje toliko različitih karakteristika, da se ne može pronaći bitna zajednička priroda posjedovne volje unutar svakoga od njih.

svoga supruga i ona kao bračni drug izvršava svoju faktičku vlast glede neke stvari, a ne svoga bračnog druga." Županijski sud Bjelovar Gž-1271/99-2 09. 09. 1999. (izvor: *Intellectio Iuris*).

⁵² Dopuštenom samopomoći smije se umjesto posjednika poslužiti posjednikov pomoćnik u posjedovanju. (27/2 ZV); "Na izvršavanje prava koje pripada posjedniku sukladno § 859 (pravo na samopomoć) ovlašten je i onaj tko izvršava stvarnu vlast za posjednika sukladno § 855 (pomoćnik u posjedovanju – op. P. R.)" ("Zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte ist auch derjenige befugt, welcher die tatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübt." BGB § 860).

Pomnijim uvidom, spoznaje se da je neki pravni poredak uvršten u subjektivnu, odnosno objektivnu koncepciju posjeda samo po tomu zahtijeva li se u njemu izrijeком postojanje posjedovne volje, koja se izjednačava po važnosti s faktičnom vlasti (subjektivno koncipiran posjed) ili ne (objektivno koncipiran posjed)⁵³.

Ipak, iako se ne mogu utvrditi neke zajedničke osobine posjedovne volje unutar pravnih poredaka koji posjed koncipiraju subjektivno, odnosno objektivno, čini se da ne treba zanemariti određeni utjecaj činjenice da jedni izrijeком naglašavaju potrebu postojanja posjedovne volje (subjektivna koncepcija), odnosno isto ne naglašavaju izrijeком, već impliciraju u pojmu posjeda (objektivna koncepcija). Može se primijetiti da ova (pravno-tehnička) činjenica ipak ima određeni povratni utjecaj na kvalitetu posjedovne volje koja se uopće može zahtijevati u određenom pravnom poretku, te da se shodno tomu ipak može govoriti o određenoj razlici u poimanju posjedovne volje kod subjektivne, odnosno objektivne koncepcije posjeda. Najbitnija posljedica činjenice da se negdje izrijeком traži postojanje posjedovne volje, koja se kao ravnopravan element posjeda stavlja uz bok faktičnoj vlasti, jest mogućnost da se detaljno propišu kvalitete koje posjedovna volja mora zadovoljavati da bi bila uvažavana od strane pravnog poretka⁵⁴. Naime, samo u pravnim poretcima koji izričito normiraju kvalitete zahtijevane posjedovne volje, postoji mogućnost da se zahtijeva postojanje *animus domini* (ovo stoga što postojanje *animus domini* treba biti izrijeком zahtijevano, a ne može se implicirati⁵⁵). U pravnim poretcima koji izričito ne spominju posjedovnu volju (već se ona implicira u pojmu posjeda, kao što je slučaj u objektivnoj koncepciji), posjedovna volja (ma kako se ona nazivala, npr. prirodna volja) uvijek po kvalitetama mora odgovarati pojmu *animus possidendi*⁵⁶.

⁵³ Slično, kako se čini, proizlazi i iz riječi "Posjed je rimsko pravo konstruiralo od dva elementa – *corpura* i *animusa*. Po germanskom pravnom shvaćanju građa posjeda je drukčija. Posjed ima samo jedan element – *corpus*, ali taj element implicira i volju posjedovati" (Gavella, O posjedu, str. 55.).

⁵⁴ Mora se primijetiti da već i sama činjenica isticanja posjedovne volje utječe i na veći interes znanosti da se bavi njezinim proučavanjem. Tako se primjećuje da se literatura koja se bavi pravnim poretcima koji usvajaju subjektivnu koncepciju posjeda mnogo iscrpnije bavi analizom posjedovne volje, dok se u onoj o objektivno koncipiranim poretcima pitanje posjedovne volje spominje vrlo šturo, većinom na rubovima izlaganja.

⁵⁵ V. *supra* bilj. 24.

⁵⁶ Nameće se i još jedna razlika između subjektivno i objektivno koncipiranih pravnih poredaka, koja doduše ne utječe na kvalitete posjedovne volje, već na način njezinog dokazivanja (što bi moglo biti od važnosti u posjedovnim parnicama). Naime, kada se za postojanje posjeda izrijeком zahtijeva postojanje posjedovne volje točno određene kvalitete, a volju kao unutrašnji, psihološki element subjekta (u pravilu) nije moguće (ili barem nije uvijek i s lakoćom moguće) spoznati, pravni poredak postavlja presumpcije o kvalitetama te volje (npr. čl. 2230. CC "*On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre.*") "Za svakog se pretpostavlja da posjeduje za sebe i u svojstvu vlasnika, ako se ne dokaže da se počelo posjedovati za drugoga"; slično i čl. 921. st. 2. CCQ gdje se navodi da se posjedovna volja presumira "*Cette volonté est présumée.*"). Očito da u takvim poretcima stranke u postupku pred sudom mogu dokazivati da posjedovna volja ne zadovoljava propisane kriterije, tj. da "posjednik" ne zadovoljava zakonske kriterije biti priznat za posjednika. Smatramo da je slična situacija vrlo teško zamisliva u poredcima koji posjed koncipiraju objektivno.

7. Literatura

1. Carbonnier, Jean: Droit civil, sv. III. / Les Biens, Pariz, 1983.-1985.
2. Cornu, Gerard: Droit civil, II. izd., sv. I., Pariz, 1984.-1985.
3. Eccius, M. F.: Preußisches Privatrecht, VI. izd., sv. I., Berlin, 1892.
4. Evelt, Joseph: Das Preußische Civilrecht, II. izd., Paderborn, 1860.
5. Flegar, Vladimir: Posjed i njegova zaštita, Zakonitost, 9-10/1990.
6. Gavella, Nikola: O posjedu s obzirom na uređenje koje je uspostavio Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Naša zakonitost, 4/1981. (u tekstu skraćeno cit. Gavella, O posjedu)
7. Gavella, Nikola: O posjednikovoj volji, obzirom na uređenje posjedovanja zasnovano na objektivnoj koncepciji posjeda, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 4/1983. (u tekstu skraćeno cit. Gavella, O posjednikovoj volji)
8. Gavella, Nikola: Stjecanje posjeda stvari u našem pravnom uređenju – posebno o izvornom stjecanju neposrednog i posrednog posjeda stvari, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/1983.
9. Gavella, Nikola: Posjed stvari i prava, Zagreb, 1990. (u tekstu skraćeno cit. Gavella, Posjed)
10. Gavella, Nikola; Josipović, Tatjana; Gliha, Igor; Belaj, Vlado; Stipković, Zlatan: Stvarno pravo, Zagreb, 1998.
11. Horvat, Marijan: Rimsko pravo, sv. I., Zagreb, 1952.
12. Krneta, Slavica: Posjed, u Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, sv. II, Beograd, 1978. (u tekstu skraćeno cit. Krneta, Posjed)
13. Krneta, Slavica: Detencija, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu XLI (1998), Sarajevo, 1999.
14. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, sv. VI / Sachenrecht, München, 2004. (u tekstu skraćeno cit. Münchener Kommentar)
15. Radošević, Petar : Građa posjedovnog odnosa kod objektivno koncipiranog posjeda, magistarski rad (neobjavljeno), Zagreb, 2007.
16. Rajačić, Čedo: Stvarno pravo, predavanja, Zagreb, 1956.
17. Randa, Anton: Der Besitz nach österreichischem Rechte, IV. izd., Lepizig, 1895.
18. Romac, Ante: Izvori rimskog prava, Zagreb, 1973. (u tekstu skraćeno cit. Romac, Izvori)
19. Romac, Ante: Rimsko pravo, II. izd., Zagreb, 1987. (u tekstu skraćeno cit. Romac, Rimsko pravo)
20. Savigny, Friedrich Carl: Das Recht des Besitzes, VII. izd., Beč, 1865.
21. Stojanović, Dragoljub: Novi koncept državine, Glasnik Pravnog Fakulteta u Kragujevcu, šk. god. 1979./1980., Kragujevac, 1981.
21. Stubenrauch, Moritz von: Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, sv. I, Beč, 1854.
22. Šmalcelj, Želimir: Što se izmijenilo Zakonom o osnovnim vlasničkopravnim odnosima?, Odvjetnik, 9-10/1981.
23. Vedriš, Martin; Klarić, Petar: Građansko pravo, IX. izd., Zagreb, 2006.
24. Vežić, Vid: Nasljednički posjed, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 4, Zagreb, 1997.

25. Vizner, Boris: Posjed nasljednika po našem novom Zakonu o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Pravni život, 5/1980.
26. Žuvela, Mladen: Vlasničkopravni odnosi, V. izd., Zagreb, 1996.

Vrela s Interneta:

1. <http://www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm>
2. <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb/>
3. <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?code=CPROCIV0.rcv>
4. <http://www.canlii.org/qc/legis/loi/ccq/20041104/partie1.html>
5. <http://www.pravnadatoteka.hr/hrv/index.asp>
6. <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/210.fr.pdf>
7. <http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/index.html>

Summary

THE INTENTION TO POSSESS

In the article the author analyses an element of intention as a component of possession (the intention to possess), laying stress upon the issue of existence of the intention to possess as an objective conception of possession (a so-called German, modern conception). Following the analysis of a great number of positive and historical legal systems the conclusion has been reached that an objectively conceived possession demands the existence of possessor's intention to possess except that this is not explicitly emphasised having in mind such intention is implicated within the concept of actual power. After giving an insight into the qualities that such intention has to have, the author concludes that the intention, according to its nature, is an *animus possidendi*, that is the intention simply to possess, in contrast to the intention to possess whose existence (in most cases) is required by the subjective conception of possession and it is perceived as an owner's intention to possess (*animus domini*). After conducting the research on the intention to possess as a component part of possession the author states that one nomotechnical difference arises as the only constant difference between the subjective and objective conception: is there (in legal texts and legal science) an explicit demand for the existence of some element of intention (the subjective conception), or there is no such explicit demand (the objective conception).

Key words: *possession, intention to possess, quality of intention to possess, a person who assists in possessing.*

Zusammenfassung

BESITZERWILLEN

In der Arbeit analysiert der Autor den Willensbestandteil eines Besitzes (Besitzerwillen), wobei das Problem des Bestehens eines Besitzerwillens bei einem objektiven Konzept von Besitz (sog. deutsches, modernes Konzept) betont wird. Nach der Analyse einer größeren Anzahl positiver und historischer Rechtssysteme kommt er zu dem Schluss, dass auch der objektiv konzipierte Besitz das Bestehen eines Besitzerwillens von dem Besitzer fordert, dies jedoch nicht besonders betont wird, sondern der Wille in dem Begriff der tatsächlichen Herrschaft implizit ist. Nach dem Einblick in die Qualitäten, die von diesem Willen verlangt werden, kommt der Autor zu dem Schluss, dass dieser seiner Natur nach der *animus possidendi* ist, dh. der Wille einfach zu besitzen, im Unterschied zu dem Besitzerwillen, dessen Bestehen (meistens) das subjektive Konzept von Besitz fordert, der der Wille sein muss als Eigentümer zu besitzen (*animus domini*.) Nach seiner Untersuchung konstatiert der Autor, dass hinsichtlich der Frage nach dem Willenselement von Besitz als konstanter Unterschied zwischen dem subjektiven und objektiven Konzept des Besitzes ein nomotechnischer Unterschied besteht: es wird (in Gesetzestexten und in der Rechtswissenschaft) ausdrücklich das Bestehen eines Willenselements gefordert (subjektives Konzept) oder sein Bestehen wird nicht ausdrücklich gefordert (objektives Konzept).

Schlüsselwörter: *Besitz, Besitzerwille, Qualitäten des Besitzerwillens, Helfer beim Besitzen.*

Sommario

VOLONTÀ DI POSSEDERE

Nel lavoro l'autore esamina l'elemento intenzionale del possesso (volontà di possedere) con particolare attenzione per il problema dell'esistenza della volontà di possedere nella concezione oggettivistica del possesso (c.d. concezione tedesca, moderna). Dopo l'analisi di un numero consistente di ordinamenti giuridici positivi e storici si perviene alla conclusione che anche il possesso, inteso secondo la concezione oggettivistica, necessita dell'esistenza della volontà di possedere in capo al possessore, solo che ciò non viene espressamente ribadito, bensì tale volontà è implicita nella nozione stessa del potere di fatto. Dopo avere preso in esame le qualità che sono pretese da questa volontà, l'autore giunge alla conclusione che la stessa è per sua stessa natura *animus possidendi*, ovvero volontà semplicemente di possedere, a differenza della volontà di

possedere seconda la concezione soggettivistica, la quale deve essere volontà di possedere come proprietario (*animus domini*). Al termine dell'indagine l'autore constata che l'unica differenza circa il modo di concepire la volontà di possedere tra la concezione oggettivistica e quella soggettivistica è data da una diversità di carattere nomotecnico: da un lato, si pretende (nei testi normativi e nella scienza giuridica) un'espressa manifestazione dell'esistenza di un qualche elemento della volontà (concezione soggettivistica), dall'altro, per l'esistenza dello stesso non è pretesa tale manifestazione (concezione oggettivistica).

Parole chiave: *possesso, volontà di possedere, qualità della volontà di possedere, ausiliare nel possesso.*